

Hendarin Mouselli is advocaat flexibele arbeid bij VRF Advocaten, promovenda aan de Universiteit Utrecht en lid van de Raad van de Orde Zeeland-West-Brabant. Daarnaast is zij spreker en schrijver over allerlei onderwerpen in de flexbranche. hendarin@vrfadvocaten.nl



Column

Hendarin Mouselli

Als gelijken geboren

Je kunt zeggen wat je wilt, maar we worden niet als gelijken geboren. Eenieder heeft zijn of haar uniciteit. Gelijkheid is het resultaat van menselijk handelen. Twaalf jaar na de inwerking-treding van de Uitzendrichtlijn is het vraagstuk rondom de gelijke behandeling van uitzendkrachten nog altijd actueel.

Zo ook in een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 14 juli 2020. Heeft de uitzendkracht recht op een eindejaars- en winstuitkering, net zoals de werknemer in dienst van de inlener (in dit geval KLM) die werkzaam is in een gelijke of gelijkwaardige functie? Het Gerechtshof zegt van niet. Het is de vraag of dit een correcte conclusie is als we kijken naar de basis, namelijk de Uitzendrichtlijn.

In de Waadi is het zogenoemde loonverhoudingsvoorschrift vastgelegd, dat zijn oorsprong vindt in de Uitzendrichtlijn. Die bepaalt dat bij cao kan worden afgeweken van het loonverhoudingsvoorschrift. Dat is precies wat cao-partijen bij de cao's van de ABU en NBBU ook hebben gedaan. Volgens het Gerechtshof mag onbeperkt van het loonverhoudingsvoorschrift worden afgeweken en is er eigenlijk niets mis met afwijking in de ABU-cao. Ik ben het hier niet helemaal mee eens en meen dat de afwijking niet ongeclausuleerd is.

Volgens mij stelt artikel 5 lid 3 Uitzendrichtlijn een belangrijke voorwaarde. Namelijk dat een 'passend niveau' van bescherming moet worden geboden, indien gebruik wordt gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid. De wettekst in artikel 8 Waadi kent geen vereiste van het bieden van een 'passend niveau' van bescherming. Vervolgens is het dan nog de vraag of de inlenersbeloning in de ABU- en NBBU-cao's wel voldoet aan de eis van het bieden van een 'passende' bescherming. In het rijtje van de inlenersbeloning uit de artikelen 19 en 20 ABU-cao stond en staat geen eindejaarsuitkering en winstuitkering. Dat is duidelijk. De vraag is echter: past dit binnen de eis van het bieden van een passend beschermingsniveau van uitzendkrachten? Voldoen de twee artikelen uit de ABU-cao wel aan artikel 5 lid 3 Uitzendrichtlijn? Ik heb ze daarop niet echt kunnen betrappen.

Momenteel wordt er onderhandeld over de nieuwe cao's van de ABU en NBBU. Zullen de cao-partijen een mogelijk (later) ingrijpen door de (hoogste) rechter dan wel wetgever afwachten? Of doen ze er beter aan om de toets van een passende bescherming in de nieuwe inlenersbeloning te verankeren? Ik denk dat laatste. De afwijkingsmogelijkheid is bovendien ook een onderwerp dat terugkomt in de Technische beleidsvarianten ter verdere invulling van het advies van de Commissie regulering van werk. Het idee is om de afwijkingsmogelijkheid te schrappen dan wel te beperken in duur (maximaal 26 weken).

Een waarschuwend woord wil ik hierbij wel plaatsen: de gedachte is goed, maar let wel: als wij gelijke behandeling van uitzendkrachten prefereren boven de vrijheid van ondernemerschap, vrees ik dat we geen van beide zullen bereiken.